



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

Tesis:

**Responsabilidad de los administradores por la falta de
implementación de programas de integridad**

Autor: Gastón Adolfo Frenk

Tesis:

Responsabilidad de los administradores
por la falta de implementación de
programas de integridad

Gastón Adolfo Frenk

I.	Introducción.....	1
II.	Objetivo	3
III.	Metodología	3
IV.	Conclusiones preliminares.....	4
V.	La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación argentina	6
	A. Delitos atribuibles a las personas jurídicas	7
	B. Los modelos de atribución de responsabilidad penal y el modelo receptado por la ley 27.401.....	8
	C. Requisitos legales de los programas de integridad	15
	1. La designación de un compliance officer, ¿un requisito optativo?	17
	D. Consecuencias legales de la implementación del programa de integridad para la persona jurídica	17
VI.	La regulación de los programas de compliance en el derecho comparado	20
VII.	La regulación de los programas de integridad en el nuevo Proyecto de Código Penal 21	
VIII.	Responsabilidad de los administradores ante la omisión de adoptar programas de integridad, por sus deficiencias o falta de actualización	23
	A. Responsabilidad civil	23
	B. Responsabilidad penal	29
	1. Conceptos generales: responsabilidad por acción y por omisión	29
	2. La posición de garante de los administradores de las personas jurídicas	30
	3. La delegación de funciones y deberes residuales	33



Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés
Maestría en Derecho Empresario

4. El programa de compliance como elemento y prueba de la delegación de los deberes de vigilancia.....	33
IX. Conclusiones	35
X. Bibliografía	i



Universidad de
SanAndrés

I. Introducción

La temática de los deberes de los administradores de las personas jurídicas ha dado origen a inagotables debates en diversas ramas del derecho. Ello se debe a que la posición que ocupan los administradores es de suma importancia, toda vez que son ellos quienes tienen a su cargo -nada más y nada menos- la administración y preservación del patrimonio social de las personas jurídicas que administran y, por ende, el mismo accionar de éstas, cuyo protagonismo en la esfera económica actual parece incuestionable. El marco legislativo actual y las nuevas tendencias en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos obligan a repensar, delimitar y precisar los deberes de sus administradores, tanto desde el punto de vista del derecho penal como del derecho civil.

En el ámbito del derecho penal existe una creciente tendencia a responsabilizar a los administradores como autores de delitos ejecutados materialmente por personas que la integran. Esta responsabilidad se funda, en muchos casos, en la circunstancia de no impedir -teniendo la posibilidad fáctica de hacerlo- la comisión de ciertos delitos cometidos en los sectores bajo la supervisión o competencia del administrador. Paralelamente, desde el punto de vista del derecho civil, los administradores tienen la obligación de reparar cualquier daño sufrido siempre, probados los restantes factores de la responsabilidad civil, éste pueda ser atribuido a su acción u omisión. Así, la comisión de delitos en el ámbito de las personas jurídicas que administran, podría acarrearle importantes consecuencias y respuestas tanto del derecho penal como del derecho civil.

Las últimas actualizaciones en la legislación argentina parecieran indicar que los deberes de los administradores antes mencionados parecen reforzados. Así, por un lado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCCN”) se reafirma la función preventiva de la responsabilidad civil y, por consiguiente, el deber

de los administradores no solo de responder por los daños sufridos por las personas jurídicas en el patrimonio social sino, fundamentalmente, de prevenirlos. Los cambios en la legislación penal también podrían hacer inferir que el mencionado deber de prevención de los administradores parece reforzado. Así, la Ley 27.401 establece incentivos para la prevención de delitos en el seno de las personas jurídicas, mediante la implementación de los denominados “programas de integridad” o de *compliance*. Por otro lado, la Ley 27.401 amplía los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto implica que, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, las personas jurídicas han quedado expuestas a nuevas contingencias no solo desde el punto de vista penal sino también desde el punto de vista patrimonial, ya que las sanciones penales que les pudieran ser aplicadas se traducirán en daños al patrimonio social, y consecuentemente, los deberes de prevención de los administradores aparecen reforzados ya que conforme lo desarrollado precedentemente, éstos deberían prevenir estas nuevas contingencias.

En tanto la Ley 27.401 sólo legisla respecto de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica y nada prevé expresamente respecto de la responsabilidad de los administradores, resulta necesario reflexionar si la falta de adecuación a las disposiciones de la ley puede traerles consecuencias –además de a la propia persona jurídica- a sus administradores, que, conforme lo manifestado, son quienes dirigen su accionar. Puntualmente, resulta necesario delimitar si la falta de implementación de los programas de integridad previstos por dicha norma puede influir en la responsabilidad de los administradores a título personal, teniendo en cuenta, además, que la ley no establece la obligatoriedad de su implementación.

En el marco de la presente tesis, se pretende analizar el fundamento de la responsabilidad de los administradores en relación con la nueva normativa de la Ley

27.401, y en contracara, cuáles son las medidas de prevención que razonablemente ellos debieran adoptar.

II. Objetivo

En el marco señalado, el propósito de esta tesis consiste en analizar si la omisión de implementar un programa de integridad adecuado por parte de los administradores - en el seno de las personas jurídicas que administran- puede influir en su responsabilidad a título personal. En términos más precisos, se sostendrá, por un lado, que la omisión de adoptar un programa de integridad eficaz puede fundar, por un lado, la responsabilidad penal individual de un administrador y por otro lado, su responsabilidad civil.

III. Metodología

Para fundamentar el objeto de la presente tesis se analizará, en primer lugar, la regulación legal contenida en la ley 27.401 y las principales características del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido. Entiendo que resulta fundamental un adecuado análisis de dicha norma, ya que constituye el pilar de la regulación sistemática de la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho local, al regular los programas de integridad como eximente de responsabilidad penal, y reforzar en cierta medida el rol y la figura del oficial de cumplimiento o *compliance officer*. En tal sentido, esta tesis pretende analizar las principales características del sistema, los requisitos de los programas de integridad, cuáles son los delitos que dichos programas deben prevenir y cuáles son las consecuencias de su falta de adopción o deficiencias, tanto respecto de la propia persona jurídica como respecto de sus administradores.

Para un análisis integral, se analizarán las tendencias en el derecho español en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas posteriores a la entrada en vigencia de sus reformas legales introducidas en 2010, por la gran influencia que dicho ordenamiento ejerce una en el resto de las legislaciones de Latinoamérica, con la finalidad examinar si existen pautas que permitan aclarar aspectos confusos de la actual legislación, o sirvan para mejorar nuestro sistema actual. Además, se analizarán las tendencias incorporadas al reciente Proyecto de Código Penal en la materia.

Establecidas las características del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se analizarán las bases de responsabilidad penal de los administradores de las personas jurídicas, con particular énfasis en los delitos de omisión impropia, por ser éstos los que mayores dificultades traen a la hora de su aplicación y los que en el futuro pueden llegar a involucrar a administradores con mayor frecuencia. Para ello, se consultará la doctrina penal argentina relativa a los delitos en el ámbito de la empresa y a la jurisprudencia penal de los tribunales superiores de las principales ciudades de nuestro país.

Finalmente, se analizará la responsabilidad civil de los administradores en el marco del sistema actual. Para realizar dicho análisis, se recurrirá a las disposiciones del CCCN, a la Ley General de Sociedades y a la doctrina nacional especializada en materia de responsabilidad civil.

IV. Conclusiones preliminares

Respecto de la potencial responsabilidad penal de los administradores ante la omisión de implementar adecuadamente un programa de integridad, se concluye que:

- Los administradores de una persona jurídica se encuentran en posición de garante respecto de los bienes jurídicos bajo sus respectivas esferas de

competencia corporativa. De dicha posición se deriva el deber de ejercer una vigilancia activa sobre las personas jerárquicamente inferiores a fin de evitar cualquier lesión a los bienes jurídicos por parte de estas personas.

- Debido a la mencionada posición de garante, los administradores de personas jurídicas pueden ser responsabilizados penalmente a título personal ya sea como partícipes, autores o coautores según el caso bajo la modalidad de comisión por omisión, en aquellas situaciones en que no hayan evitado el acto delictivo siempre que razonablemente hubieran podido hacerlo y dependiendo de las características del tipo penal aplicable.
- Los administradores pueden delegar en un inferior jerárquico las obligaciones inherentes a su posición de garante cumpliendo ciertos recaudos, pero siempre reteniendo deberes residuales como la vigilancia sobre estas personas.
- Dicho deber de vigilancia puede ser encomendado a otra persona, por ejemplo, al *compliance officer*, manteniendo los administradores el deber de vigilar su correcta actuación.
- Sentadas las bases anteriores, la adopción y adecuada implementación de un programa de *compliance* podría constituir una prueba decisiva a favor de los administradores para mitigar o excluir su responsabilidad penal, por ej. para sostener la existencia de una delegación de sus deberes de vigilancia sobre el *compliance officer*;

En relación con la responsabilidad civil de los administradores ante la omisión de implementar un programa de integridad, puede concluirse que:

- Por la propia naturaleza de las personas jurídicas, las sanciones penales que les sean aplicadas por la comisión de un delito se traducirán ineludiblemente en un daño al patrimonio social.

- Resulta un deber de los administradores actuar de forma diligente conforme los parámetros legales. Ello se traduce en el deber de adoptar todas aquellas medidas que resulten razonables a fin de prevenir cualquier daño al patrimonio social.
- La adopción del programa de *compliance* tanto en lo relativo a su contenido como a su implementación resulta determinante -en el sistema de la ley 27.401- a los fines de graduar la pena a la persona jurídica, en caso de ser aplicable, o de eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal y administrativa.
- La falta de implementación de un programa de *compliance*, en tanto omisión imputable a los administradores, y su relación de causalidad con el daño patrimonial sufrido por el ente, puede fundar la responsabilidad civil de los administradores, en aquellos casos en que en razón de la propia actividad del ente existan riesgos de la comisión de delitos por las cuales se haga responsable a las personas jurídicas que administran.

V. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación argentina

La consideración de las consecuencias que la adecuada implementación de los programas de integridad previstos por la Ley 27.401 puede tener respecto de los administradores de personas jurídicas obliga a repasar -antes de profundizar dicha temática- cuál es el sistema de responsabilidad establecido por la mocionada norma y, puntualmente, en qué consisten los mencionados programas de integridad, cuáles son los delitos que ellos están llamados a prevenir y cuáles son las consecuencias de su falta de adopción.

A. *Delitos atribuibles a las personas jurídicas*

Hasta la sanción de la Ley 27.401, el ordenamiento jurídico argentino preveía casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos de desabastecimiento, aduaneros, cambiarios, contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, tributarios, contra la libre competencia y en materia de lavado de dinero, entre otros. Del Sel, refiriéndose a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señala que “[e]n contra de la percepción generalizada, en Argentina esta institución encuentra su primer antecedente tan atrás en el tiempo como en 1876, con las Ordenanzas de Aduanas aprobadas por la ley 810, y desde entonces ha seguido introduciéndose, casi inadvertidamente, en amplias áreas de nuestra legislación”. En línea con la tendencia señalada, la ley 27.401 amplió el ámbito material de esa responsabilidad, consagrándola, en relación con los siguientes delitos:

- a. cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional;
- b. negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas;
- c. concusión;
- d. enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados¹; y
- e. balances e informes falsos agravados, con el fin de ocultar el cohecho y el tráfico de influencias, nacional y transnacional.

Por su parte, el proyecto de reforma integral del Código Penal (en adelante, el “Proyecto”), elaborado por una comisión de reconocidos juristas² y presidida por el Dr.

¹ Vale aclarar que resulta llamativo el establecimiento de responsabilidad penal bajo este supuesto, en particular respecto del delito de “enriquecimiento patrimonial injustificado previsto por el art. 268 (2)”. Así, la doctrina penal ha entendido que el delito previsto por esta figura se integra por una acción positiva: un enriquecimiento patrimonial apreciable y otra omisiva: la negativa a justificar la procedencia del referido enriquecimiento al ser debidamente requerido (Estrella y Godoy Lemos 2007, 514). En tal sentido, y en tanto únicamente puede ser sujeto activo de este delito el funcionario público, no se advierte a qué título la persona jurídica podría ser sancionada bajo este supuesto. Aun cuando se pretendiera interpretar que la ley quisiera sancionar a aquella persona jurídica que dio origen al enriquecimiento ilícito, resulta difícil imaginar una hipótesis en la que una persona jurídica pueda ser responsabilizada por tal enriquecimiento y que dicha conducta no fuera constitutiva de cohecho. En tal caso, la persona jurídica sería responsabilizada en razón del inc. a del art. 1 de la ley 27.401 con lo que la previsión del inc. d. devendría inaplicable.

Mariano Borinsky prevé importantes reformas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Proyecto, además de recopilar la regulación que se encuentra contemplada en normas dispersas³ prevé, nuevamente, la ampliación de los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴.

La adecuada identificación de los delitos por los cuales una persona jurídica puede ser responsabilizada en determinado momento resultará esencial al momento de estructurar adecuadamente el programa de *compliance*, y al de medir la responsabilidad de los administradores por la ineffectividad de dicho programa, teniendo en cuenta que un programa de *compliance* adecuado deberá estar dirigido a la prevención de los delitos por la cual la persona jurídica pueda ser responsabilizada en determinado momento temporal de acuerdo a la legislación vigente.

B. Los modelos de atribución de responsabilidad penal y el modelo receptado por la ley 27.401

Habiendo delimitado cuáles son los delitos que actualmente pueden dar lugar a la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas bajo el Derecho argentino,

² Guillermo Yacobucci, Carlos Gonzalez Guerra, Pablo Turano, Pablo López Viñals, Carlos Mahiques, Víctor Vélez, Patricia Llerena, Yael Bendel, Fernando Córdoba, Patricia Ziffer y Guillermo Soarez Gache.

³ En este sentido, las normas relevantes vinculadas a la temática bajo análisis se incorporan en el Libro Primero denominado “Disposiciones Generales”, bajo el Título VII de “Responsabilidad de las Personas Jurídicas”.

⁴ Puntualmente, en su art. 38 establece dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes casos:

- a. Delito previsto por el artículo 145 (Trata de Personas);
- b. Delitos contra la Administración Pública (Título XI);
- c. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII);
- d. Delitos de terrorismo y financiamiento (Título XIV);
- e. Delitos de narcotráfico y relacionados con estupefacientes (Título XV);
- f. Delitos fiscales (Título XVI);
- g. Delitos aduaneros (Título XVII);
- h. Delitos cambiarios (Título XVIII);
- i. Tráfico de sangre, órganos y manipulación genética (Título XXII);
- j. Delitos contra el ambiente (Título XXIII);
- k. Delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico (Título XXIV);
- l. Delitos relacionados con el deporte (Título XXV); y
- m. Delitos contra la propiedad intelectual (Título XXVII).

corresponde determinar en qué casos puede tener lugar esa atribución de responsabilidad penal.

a) *Modelos de atribución de responsabilidad penal*

En líneas generales, existen dos modelos a partir de los cuales las distintas legislaciones atribuyen responsabilidad penal a las personas jurídicas: por un lado, el denominado modelo vicarial o de responsabilidad indirecta o por transferencia, y por el otro, el de responsabilidad directa o autónoma.

El modelo vicarial, conforme la interpretación de la Fiscalía General de Estado de España (2016), se caracteriza por atribuir *“responsabilidad penal a la persona jurídica entendiéndose que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva [...] Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación”*⁵. Rodríguez Estévez (2018) sostiene que este sistema establece una responsabilidad *“accesoria, cuyo fundamento radicaría en la sanción penal que recaiga sobre sus directivos”*, o sobre las personas que según la ley puedan comprometer la responsabilidad del ente con su actuación.

El modelo de responsabilidad directa o autónoma, por el contrario, conforme la interpretación de la Fiscalía General del Estado de España (2016), se basa en la construcción de *“un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito”*. Durrieu (2018), al analizar las características de este modelo, señala que *“a fin de responsabilizar a la persona jurídica por hechos de sus dependientes o terceros, [sería] necesario [demostrar que la persona jurídica] que no se había autorregulado*

de manera adecuada para prevenir el ilícito que en definitiva se cometió. Esta postura se basa en el principio de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho, sea por culpa o dolo, propia del derecho penal para las personas físicas. Ello porque se entiende que la obligación de la persona jurídica es de medios y no de fines, por lo que de ocurrir un ilícito dentro de su ámbito de competencia, no necesariamente sería responsable si realizó de manera diligente todo lo que se encontraba a su alcance para su evitación bajo el baremo de un buen hombre de negocios.

El principal problema de este modelo consiste en la fundamentación de la culpabilidad de la persona jurídica. Conforme a la teoría de la “*culpabilidad por defecto de organización*”, la culpabilidad respecto de la persona jurídica radicaría en la omisión de adoptar aquellas medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. Rodríguez Estévez (2018) señala que “[d]entro de un concepto prioritariamente normativo de la culpabilidad que fundamenta el reproche punitivo en la defraudación de expectativas sociales, resulta viable plantear la legitimidad de la responsabilidad penal de las empresas con fundamento en aquello que se ha dado en llamar *organización defectuosa de la empresa, donde se espera de la corporación que se organice adoptando medidas idóneas de seguridad, vigilancia y control que reduzcan las posibilidades de comisión de delitos por parte de sus integrantes. Esto se traduce en una suerte de posición de garantía empresarial que actúa a modo de barrera de contención de riesgos, entendiendo por estos no solo los derivados de la propia actividad de la empresa, sino también los que son consecuencia del comportamiento de sus directivos*”.

b) *Modelo adoptado por el sistema argentino*

El artículo 2 de la Ley 27.401 establece que “[l]as personas jurídicas son responsables por los delitos [...] que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”. De la lectura aislada del artículo puede inferirse que la ley recepta el modelo vicarial: responsabiliza a las personas jurídicas por delitos “realizados” por sujetos en el *interés o beneficio* de ésta -aun cuando los sujetos no hayan actuado en su nombre- estableciendo la transferencia de responsabilidad por esos delitos, lo que resulta propio de un sistema vicarial. En esos casos, además, no es el ente ideal quien comete el delito y esta circunstancia alejaría al sistema adoptado del modelo de responsabilidad autónomo. Se ha afirmado que “al utilizar la expresión *delito realizado* [en lugar de *delito cometido*]⁶ el artículo comentado pretendió no llevar la ficción de la responsabilidad penal de la persona jurídica al punto de sostener que esta se encuentra en condiciones de cometer un delito. Se trata únicamente de responsabilizarla penalmente cuando los delitos cometidos por personas humanas se realizan bajo las modalidades aludidas” (Carrió y Reussi 2018).

Sin perjuicio de lo antes señalado, conforme se analizará, existen importantes elementos del sistema argentino que matizan el modelo vicarial, entre ellos la virtualidad eximente de responsabilidad de los programas de integridad. Carrió y Reussi (2018), reflejando la postura de la doctrina mayoritaria, sostienen que “*el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley 27.401 no es plenamente autónomo ni vicarial*”. En igual sentido se ha pronunciado Durrieu (2018) al señalar que “*la nueva ley establece un modelo de responsabilidad objetiva atenuada*

⁶ El agregado es propio.

o mixta, ya que se establecen normativamente exenciones de punibilidad o responsabilidad de la persona jurídica basadas en su conducta”.

El artículo 2 transcrito al inicio del presente apartado prevé los siguientes supuestos diferenciados para hacer nacer la responsabilidad del ente:

- Delitos realizados con intervención de la persona jurídica

Aquí se incluyen aquellos delitos cometidos por los representantes orgánicos de la persona jurídica. Ellos, en virtud de la aplicación de la teoría del órgano hacen intervenir a la persona jurídica directamente a través de su actuación -por lo menos en materia de actos lícitos-, toda vez que sus actos se imputan directamente al ente ideal.

- Delitos realizados en nombre de la persona jurídica

En este supuesto se podrían comprender aquellos delitos realizados por quienes carecen de la condición de representantes orgánicos, pero actúan con apariencia de representación del ente.

- Delitos cometidos en el beneficio o interés de la persona jurídica

La ley prevé que las personas jurídicas “[t]ambién son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”.

Este último apartado del artículo ha sido fruto de grandes críticas. La atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos cometidos

en su beneficio o interés por cualquier tercero *prima facie* podría dar pie a la transferencia de responsabilidad de cualquier persona humana hacia el ente ideal, y pareciera obligar a la persona jurídica a establecer medidas de prevención y mitigación respecto de cualquier persona. Carrió y Reussi (2018), señalan que *“la norma no aclara si la persona humana a la que se refiere debe ser un dependiente de la empresa o una persona vinculada a sus órganos o si también califica como tal un ajeno o extraño a la persona jurídica -tal el caso del tercero gestor. [...] En el primer caso, el castigo y la responsabilidad consecuentes derivarían de una supuesta tácita inobservancia de la persona jurídica de los deberes de vigilar a sus dependientes o integrantes. En el segundo resulta un exceso que la empresa sea responsable penalmente por la actuación de terceros de los que carece de toda posibilidad de control. Ello, por el mero hecho de que colateralmente esta actuación le hubiera reportado un provecho de cualquier especie”*.

Pese a la amplitud normativa, cierta doctrina ha justificado la fórmula legal en virtud de que *“como los sobornos rara vez son pagados de forma directa [...] la ley no sólo responsabiliza a las empresas por la conducta de sus directivos y empleados, sino además por la de cualquier tercero -proveedores, distribuidores, socios de negocios – que obtengan un beneficio indebido para la empresa⁷”*. En este sentido, la Corte Suprema de EE.UU. reconoció la responsabilidad de las personas jurídicas por la actuación de agentes y personas que actúan en su interés hace varios años⁸. Así, se ha señalado que *“[e]n la*

⁷ “Desde El 1 de marzo rige la Ley Penal Empresaria”, *La Nación*, 11 de febrero de 2018.

⁸ Ya en el año 1909, la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *New York Central & Hudson River* afirmó que: *“A corporation is held responsible for acts not within the agent's corporate powers strictly construed, but which the agent has assumed to perform for the corporation when employing the corporate powers actually authorized, and in such cases, there need be no written authority under seal or vote of the corporation in order to constitute the agency or to authorize the act”*.

jurisdicción federal y en una gran cantidad de estados de EE.UU. la regla general es que una persona jurídica puede ser responsabilizada si los actos ilegales han sido cometidos por alguno de sus miembros, en el marco de su autoridad o empleo, con la intención⁹ de beneficiar a la corporación” (Del Sel).

Conforme a la fórmula legal actual, el mero beneficio derivado del delito podría justificar la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, aun cuando el mismo no haya inicialmente estado dirigido a beneficiarla.

c) *La fórmula del Proyecto*

El Proyecto reproduce en su art. 38 la fórmula del art. 9 de la ley 27.401. No obstante, a diferencia de la ley actual, la fórmula del Proyecto resulta más limitativa en cuanto circunscribe la responsabilidad penal de la persona jurídica a la actuación de determinadas personas, al establecer en su art. 38 que: *“Las personas jurídicas privadas [...] serán responsables, en los casos expresamente previstos en este Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 [...]”*. Por su parte, el art. 37 establece que *“Si la formulación legal de un delito requiere para su ejecución condiciones, calidades o relaciones especiales y aquéllas fueran reunidas por una persona jurídica privada de cualquier clase, la figura delictiva también será aplicable a los integrantes de sus órganos que hubieren intervenido en el hecho. Lo mismo procederá respecto de cualquier clase de representante de otro, sea persona física o jurídica, si las condiciones, calidades o relaciones especiales recayesen sobre el representado. En ambos supuestos, el presente artículo regirá aun si el acto jurídico determinante de la designación fuese ineficaz o, careciéndose de aquél, si la persona ostentase facultades de organización y control dentro de la persona jurídica o de la empresa, o la representación de otro”*. De la lectura de este último artículo, se advierte

⁹ El subrayado es propio.

que la responsabilidad de la persona jurídica podría tener lugar por la actuación de: *integrantes de órganos de las personas jurídicas, representantes, personas que ostenten facultades de organización y control.*

C. Requisitos legales de los programas de integridad

Los programas de *compliance* son unos de los pilares de la Ley 27.401 y tienen por principal objetivo estimular por parte de las personas jurídicas la adopción de mecanismos tendientes a la prevención de delitos. Conforme la propia definición legal, consisten en “*sistemas de control y supervisión*”¹⁰, que receptan un “*conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley*”¹¹. En consecuencia, el contenido material del programa se encaminará a tal objetivo.

Rodríguez Estévez (2018) poniendo de relieve la situación de los administradores en el sistema de responsabilidad penal adoptado por nuestra ley, afirma que “*el sistema de responsabilidad para las personas jurídicas no estaría encaminado a desmotivar directamente el comportamiento delictivo de los empleados de la empresa —para lo cual ya se cuenta con el Derecho penal empresario individual—, sino que más bien se dirige a fomentar la atención de los administradores en los mecanismos de prevención de estas conductas delictivas por parte de los funcionarios de la entidad. Es decir, la exigencia de formación de reglas internas de conducta empresarial — conocida como la instalación de programas de cumplimiento de la ley o de integridad— que tienden a asegurar una organización institucional adecuada del riesgo. Estas normativas presentan como su contrapunto la sanción penal corporativa si se produce*

¹⁰ Art. 9 de la ley 27.401.

¹¹ Art. 22 de la ley 27.401.

algún resultado lesivo que debió haber sido evitado mediante el diseño correcto de la actividad empresarial”.

Conforme la ley 27.401, existen una serie de elementos y requisitos obligatorios que todo programa de compliance debe cumplir a ciertos fines legales que se expondrán a continuación. En relación con los elementos obligatorios, el artículo 23 establece que “[...] *deberá contener, [...] al menos los siguientes elementos:*

a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;

b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;

c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados”.

En relación con los requisitos obligatorios del programa de *compliance*, el mismo:

- a. Debe haber sido implementado con anterioridad al hecho del proceso¹²;
- b. Debe tener una virtualidad tal para prevenir las conductas delictivas que deben exigir un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito para burlarlo o infringirlo¹³.

¹² Conf. art. 9, inc. b. de la ley 27.401

¹³ Conf. art. 9, inc. b. de la ley 27.401.

- c. *“Debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación¹⁴”.*

- La designación de un compliance officer. ¿un requisito optativo?

Así como la ley 27.401 regula los requisitos obligatorios de los programas de *compliance*, también enuncia una serie de elementos optativos. Entre estos últimos la ley menciona a la designación de *“un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad”¹⁵*, apartándose de antecedentes nacionales y extranjeros. Así, por ejemplo, en la Ley 25.246, se establece la obligatoriedad de la designación de un oficial de cumplimiento por parte del órgano de administración en los supuestos que lo establezca la reglamentación. Anllo y Alguacil señalan que el carácter facultativo de la designación de un oficial de cumplimiento *“contraviene todas las legislaciones que incorporan al Compliance en el sistema jurídico y establecen la obligatoriedad de contar con un Compliance Officer (España, Perú, Chile, Francia, etc.)”¹⁶*.

D. Consecuencias legales de la implementación del programa de integridad para la persona jurídica

La adecuada implementación del programa de integridad reviste una importancia central en el sistema de la ley 27.401. De todos los elementos que matizan el modelo vicarial y acogen el modelo de responsabilidad autónoma, al menos parcialmente, sin duda, el más relevante lo constituye la idoneidad del programa de *compliance* como eximente de responsabilidad. Pese a lo afirmado, la ley 27.401 no establece la

¹⁴Art. 22 de la ley 27.401.

¹⁵Art. 23 de la ley 27.401.

¹⁶Anllo, Lina y Jimena Alguacil. *“¿Tiene el Compliance Officer responsabilidad penal?”*.

obligatoriedad de la adopción de los programas de integridad, sino que, por el contrario, establece que: “Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán¹⁷ implementar programas de integridad [...]”¹⁸, y a su vez establece que ello resulta “condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que:

a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a ministro; y

b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos”.

Sin embargo, la mayor importancia de la implementación del programa de integridad, además de habilitar a participar en ciertas contrataciones con el Estado Nacional, se evidencia a los fines de graduar la pena que pudiera ser aplicable a la persona jurídica, y más aún de ser condición necesaria para habilitar a la persona jurídica a quedar eximida de responsabilidad penal y administrativa en ciertos supuestos. En efecto, en relación con la graduación de la pena, el art. 8¹⁹ establece que a tal fin se tendrán en cuenta, entre otros:

- a. el incumplimiento de reglas y procedimientos internos;
- b. la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito;
- c. la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; [...]

¹⁷ El subrayado es propio.

¹⁸ Art. 22 de la ley 27.401.

¹⁹ Por su parte, el art. 41 del Proyecto establece las mismas pautas para la graduación de las penas aplicables a las personas jurídicas.

d. la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; [...]

Las directrices legales dirigidas al juez a la hora de graduar la pena de la persona jurídica demuestran la recepción -al menos parcial- del modelo de defecto de la organización. Así, puede inferirse que cuanto mayor sea el incumplimiento a reglas y procedimientos internos, mayor será el defecto de organización de la persona jurídica y por tal motivo, más severa la pena aplicable. En igual sentido, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores del delito será prueba de la defectuosa organización de la persona jurídica, la que será más reprochable de existir gran cantidad de funcionarios o empleados involucrados en la trama criminal. Esto evidencia que el legislador argentino ha matizado el modelo vicarial incorporado una serie de elementos propios del sistema de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica.

Pero el mayor beneficio legal de la adecuada implementación de un programa de *compliance*, que dé cumplimiento a los requisitos antes analizados, es que en ciertos casos posibilitará a la persona jurídica quedar exenta de toda responsabilidad penal y administrativa que pudiera haberle sido atribuida en caso de no contar con dicho programa, siempre que además de implementarlo, hubiera “*espontáneamente denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna, y hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido*”²⁰. Es por ello precisamente que se ha señalado que dichos programas constituyen el “*eje de la demostración de diligencia y colaboración contra la corrupción de la persona jurídica*” (Estebecorena 2018). El artículo 9 consagra una excusa absolutoria, entendiéndose por tales “*aquellas causas sobrevinientes al hecho*

²⁰Art. 9 de la ley 27.401.

que excluyen la pena por razones de política-criminal, manteniendo el injusto o delito” (Durrieu 2018). Se ha justificado tal instituto en *“los beneficios concretos que tendría la justicia al obtener información de primera mano sobre el ilícito”* sin perjuicio de que *“el proceso penal continuará y el delito seguirá punible para las personas físicas involucradas”* (Durrieu 2018). Esta exención resulta propia del sistema de la ley 27.401 y no es aplicable a otros delitos que se atribuyen a los entes ideales, como por ejemplo en el caso de los Delitos contra el Orden Económico y Financiero²¹.

VI. La regulación de los programas de compliance en el derecho comparado

En el derecho comparado, al referirse puntualmente al derecho de EE.UU. se ha señalado que *“No existe una eximición de responsabilidad en base a la culpabilidad autónoma de la persona jurídica, aunque si se admite una morigeración de las sanciones o Deferred Prosecution Agreements o Non-Prosecution Agreements”* (González Guerra y Tamagno 2018). Por su parte, en el derecho español regula los programas de *compliance* denominados “modelos de organización y gestión” y les reconoce valor exonerativo de responsabilidad penal si:

“1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con

²¹ En este sentido, resulta recomendable a los fines de lograr una armonización del sistema y dotarlo de mayor coherencia generar un amplio debate respecto de la razón por la cual se permite la exoneración de responsabilidad de las personas jurídicas en estos casos , y por qué no en los restantes. En definitiva, sería recomendable debatir qué modelo de atribución resulta mejor para nuestra legislación en su conjunto y proceder luego a su unificación.

poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

VII. La regulación de los programas de integridad en el nuevo Proyecto de Código Penal

El Proyecto recepta con idénticos términos los requisitos de la exención penal y administrativa en su art. 41 apartado 2. Sin perjuicio de esta inicial similitud, ello resulta revolucionario para el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no por la redacción del texto sino por la ubicación del mismo. En efecto, al receptar esta fórmula en la Parte General del Código, se establecerá una uniformidad respecto del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que esta exención será aplicable a los restantes delitos atribuibles a las personas jurídicas, modificando sustancialmente el modelo de responsabilidad para otros delitos, en los que el programa de *compliance* no contaba con virtualidad reconocida por ley para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas (como por ejemplo, en el caso de los delitos contra el orden económico y financiero). A continuación, se compararán los textos legales señalados:

- Art. 9 de la ley 27.401

Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- 1º) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- 2º) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado, en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
- 3º) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

- Art. 41 apartado 2 del Proyecto

Quedará exenta de pena y de responsabilidad administrativa la persona jurídica, si concurriesen en forma conjunta las siguientes circunstancias:

- 1º) Espontáneamente hubiese denunciado un delito de los enumerados en el artículo 38 de este Código, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna.
- 2º) Hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.
- 3º) Hubiese devuelto el beneficio indebido obtenido.

Como puede advertirse existe una sutil diferencia que hace al nuevo texto propuesto pasible de críticas: mientras la ley 27.401 exige que el programa de *compliance* se adecúe a las exigencias legales antes analizadas, no existe en el Proyecto regulación de los requisitos del programa. Resulta preocupante, que la posible

derogación de la ley 27.401 a raíz de la consolidación de la legislación penal en el nuevo Código elimine las pautas del programa de *compliance* en el futuro.

En este sentido, sería recomendable que existan ciertas premisas receptadas legalmente en el texto del Código de forma de controlar la discrecionalidad del regulador o la de los fiscales o jueces a la hora de evaluar si un programa de *compliance* resulta o no adecuado y, en consecuencia, al momento de eximir de responsabilidad penal a determinada persona jurídica. Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar de remitirse a la Resolución 27/2018 dictada por la Oficina Anticorrupción relativa a los lineamientos de los programas de *compliance*, los que seguramente completaran los silencios del nuevo Código en cuanto a los requisitos del programa de integridad.

VIII. Responsabilidad de los administradores ante la omisión de adoptar programas de integridad, por sus deficiencias o falta de actualización

Repasados las principales características del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido por la ley 27.401, así como el concepto y requisitos de los programas de integridad previstos por dicha ley y las consecuencias de su falta de implementación para las personas jurídicas, cabe abordar el eje central de la presente tesis: si la falta de su implementación puede acarrearles consecuencias personales a los administradores, y en concreto, si puede fundar su responsabilidad civil o penal.

A. Responsabilidad civil

Conforme lo señalado por la doctrina, “[e]l Código Civil y Comercial establece una función bipartita de la responsabilidad civil, una "preventiva" y otra "reparatoria"(Libro III, Título V, Capítulo 1, Sección 1ª, art. 1708). De este modo, la responsabilidad comprende dos etapas del daño: actuar *ex ante* para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer

(realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente lesiva) (Gómez, 2017).

Conforme los principios generales de la responsabilidad civil, los administradores son responsables frente a los socios, terceros y la propia persona jurídica tanto por sus acciones como por sus omisiones, siempre que estas redunden en daños a la persona jurídica. Partiendo de dicha premisa, no puede dejar de señalarse que la omisión de adoptar, implementar o actualizar el programa de *compliance*, imposibilitará que la persona jurídica pueda morigerar su sanción y eventualmente ser exenta de las penas establecidas por la ley²² (siempre que, por supuesto, cumpla con los restantes requisitos para poder acceder a la exención señalados al inicio de esta tesis). Dichas penas, si bien tienen naturaleza penal, por la propia naturaleza de las personas jurídicas se traducen inequívocamente en un daño al patrimonio social. Ahora bien, verificado uno de los presupuestos de la responsabilidad civil -el daño- es preciso comprobar si se verifican los restantes presupuestos para que dicho daño pueda ser atribuible al administrador desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Conforme al art. 1726 del CCCN, para que resulte posible atribuir responsabilidad civil a los administradores ante su omisión, es necesario establecer una relación causal adecuada entre dicha omisión y el daño. Es decir, ese daño debe ser una “consecuencia inmediata” o “mediatas previsible” de la omisión, conforme cabe inferir del art. 1727 del CCCN. Son consecuencias inmediatas aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, mientras que las consecuencias

²² Conforme al art. 7 de la ley 27.401, tales penas pueden consistir en:

- 1) *“Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;*
- 2) *Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*
- 3) *Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*
- 4) *Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;*
- 5) *Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;*
- 6) *Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.*

“mediatas”, son aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. En tal sentido, entiendo que el daño patrimonial sufrido por la persona jurídica con motivo de la sanción penal por la comisión de un delito podría calificarse como consecuencia mediata de no haber implementado un programa de integridad, ya que surge de la conexión de la comisión del delito y la omisión de adoptar un programa de *compliance* y que de habérselo adoptado, el daño no se habría producido.

Entiendo que no podría argumentarse para liberar de responsabilidad a los administradores que el daño sufrido por la persona jurídica como consecuencia de la omisión de adoptar el programa de integridad califique como una consecuencia casual, es decir aquellas consecuencias que no pueden preverse.

En tal sentido, *prima facie* se configuraría la relación causal adecuada entre la omisión y el daño exigida conforme los requisitos de atribución de responsabilidad civil para dar lugar a la existencia del deber de reparar por parte de los administradores, de verificarse los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.

En esa línea, podría afirmarse que el daño causado en el patrimonio social obedecería a dos concausas: en primer lugar, el hecho ejecutado por el autor del delito que es el que da origen a la sanción penal y por el otro lado, la omisión de los administradores de establecer un programa de *compliance* con virtualidad suficiente para eximir o atenuar la sanción aplicable a la persona jurídica y por ende prevenir o mitigar el daño causado al patrimonio social. Se ha señalado que “*el daño puede derivar de la acción relevante de dos causas que actúan en forma concurrente*” (Pizarro y Vallespinos 2007, 117). En estos casos, se ha dicho que el juzgador “*formulará un juicio retrospectivo, ex post facto, en abstracto, procurando determinar cuál ha sido la incidencia que ha tenido el daño en la conducta de cada uno de los sujetos en cuestión*”

(Pizarro y Vallespinos 2007, 119). En este marco, será necesario acreditar si la adopción de un programa de *compliance* hubiera podido razonablemente evitar, o en su caso, disminuir el daño ocasionado a la persona jurídica.

Respecto de la valoración de la conducta exigible a los administradores, debe tenerse en cuenta que la ley exige analizar su actuación de acuerdo al standard del “*buen hombre de negocios*” (Art. 59 y 274 de la LGS), y que resulta ilustrativo no solo el standard de conducta antes referido, sino también el principio general del CCCN establecido en el art. 1725 que dispone: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

Verificados la existencia de un daño que podría atribuirse a la omisión de los administradores por guardar un nexo de causalidad adecuado, es necesario analizar si se verifica el factor de atribución para imputar tales daños a los administradores. En el caso de los administradores de sociedades comerciales, la ley exige que dichos daños le sean atribuibles a título de “*dolo, abuso de facultades o culpa grave*”, mientras que, en el caso de administradores de otro tipo de personas jurídicas, el art. 160 del CCCN establece una responsabilidad aun mayor, ya que no es necesario acreditar el dolo, sino que deben responder acreditada su culpa, aun cuando esta no sea grave.

La culpa, conforme la definición del art. 1724, consiste en “*la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*”. La omisión de adopción de las medidas adecuadas para evitar los graves daños al patrimonio social derivados de las sanciones penales no se condice con el deber de diligencia que debe observar un buen hombre de negocios y podría ser

calificada sin dificultades como una omisión culposa, que puede dar lugar a los consiguientes reclamos en razón de tales daños contra los administradores.

A mayor abundamiento, tampoco existirían grandes dificultades para considerar a dicha omisión como dolosa dada la mayor amplitud de la definición de “dolo” receptada por el CCCN que abarca no solo la intencionalidad en la producción de un daño, sino también en la producción de éste con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos²³. Ello dependerá, lógicamente, de las particulares situaciones y el contexto en que se evidencie la actuación del administrador en el caso concreto. No obstante, en líneas generales, la falta de adopción de un programa de *compliance* podría configurar la indiferencia requerida por el CCCN en relación con la producción de un daño al patrimonio social.

Ahora bien, en tanto la responsabilidad de la persona jurídica está consagrada para determinados supuestos, puede ser que, en razón de la actividad del ente, dichas personas jurídicas no se encuentren expuestas a sanciones legales y por ende no pese sobre todos los administradores por igual el deber de prevenir tales daños. Para delimitar cuáles son los administradores que -desde este punto de vista- tienen el deber de adoptar un programa de *compliance*, debe analizarse cuáles son los delitos que en nuestro sistema legal pueden imputarse al ente ideal, y analizar si -en razón de la propia actividad de la persona jurídica- existen riesgos de que la persona jurídica pueda ser condenada penalmente por tales delitos. Además, será preciso contemplar los eventuales cambios legislativos que en el futuro puedan ampliar los casos en que se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas de forma de mantener el programa de integridad debidamente actualizado²⁴.

²³ Art. 1724 del CCCN.

²⁴ En este sentido, la reforma del Código Penal que ampliaría los casos sería un ejemplo de ello.

Conforme lo analizado, actualmente la implementación de un programa de *compliance* adecuado solo puede eximir de responsabilidad a la persona jurídica respecto de los delitos contemplados en la Ley 27.401, mientras que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas penalmente por otros delitos actualmente, conforme lo analizado. En tal supuesto cabe preguntarse si el deber de los administradores de adoptar un programa de *compliance* solo se circunscribe a aquellos supuestos, ya que en los casos en que la ley no le reconoce valor exonerativo de responsabilidad²⁵ su falta de adopción *prima facie* no tendría mayor importancia respecto de la responsabilidad de los administradores. En estos casos, el daño que pueda recaer sobre la persona jurídica, podría pensarse que se producirá igual ya sea que los administradores hayan implementado o no un programa de *compliance*, ya que al no reconocerles valor exonerativo de responsabilidad, su adopción no mitigará el daño que pudiera ser sufrido por la persona jurídica.

Ahora bien, la implementación de un programa de *compliance*, aún en estos casos puede cobrar relevancia respecto de la responsabilidad individual de los administradores ya que en esos casos la adecuada implementación del programa de *compliance* evitará idealmente la comisión de delitos, y en consecuencia los daños al patrimonio social. Debe tenerse en cuenta que las obligaciones impuestas a la persona jurídica en los casos en los que la ley recepta el modelo vicarial, consistirán en un deber de resultado: evitar la comisión del delito en su ámbito. Por ende, en aquellas circunstancias en los que se establece un modelo vicarial, el deber de los administradores de adoptar medidas preventivas aparece reforzado.

²⁵Por ejemplo, delitos contra el Orden Económico y Financiero.

B. Responsabilidad penal

Establecidas las pautas respecto de la posibilidad de atribuir responsabilidad civil a los administradores por no implementar programas de compliance, a continuación se analizará si su implementación puede tener relevancia desde el punto de vista penal.

- Conceptos generales: responsabilidad por acción y por omisión

La imputación de responsabilidad penal a una determinada persona con motivo de la lesión a un bien jurídico protegido por la norma penal puede fundarse en dos modalidades de actuación: bien en una acción o en una omisión. Bajo la modalidad comisiva activa, la existencia, inexistencia u obsolencia de un programa de *compliance* no revestirá mayor interés práctico. En el mejor de los casos, la existencia de un programa de compliance dificultará la ejecución de la acción típica por parte del autor del delito, y en el caso de que el autor fuera el propio administrador, la implementación de un programa de *compliance* agravará su situación, ya que para cometer el delito deberá desplegar una conducta destinada no sólo a cometer el delito, sino también a burlar el programa de integridad.

En el caso de los delitos de omisión, la imputación de responsabilidad penal a directivos de una corporación se funda en la no evitación de la lesión a un bien jurídico protegido, que se produciría “*por una causa que no es puesta por el agente*” (Zaffaroni 2003, 442), en nuestro supuesto por los administradores. En estos casos, para que exista tipicidad es necesario que el administrador “*no haya interrumpido la causalidad que provocó el resultado*” (Zaffaroni 2003, 442) pudiendo hacerlo e imaginando que, mediante su actuación, hubiera evitado el resultado. En consecuencia, “*la acción no será típica cuando, imaginando la conducta debida en lugar de la realizada, igualmente se hubiera producido el resultado*” (Zaffaroni 2003, 442).

En doctrina se distingue entre los supuestos de omisión propia e impropia. Los supuestos de omisión propia se caracterizan en que *“cualquiera que se halle en situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar deviene de la mera condición de habitante y no por particulares relaciones jurídicas [...] Estos supuestos son excepcionales en la ley”* (Zaffaroni 2003, 442). Por otra parte, la doctrina denomina *“impropios delitos de omisión a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara”* [...] En estos casos, *“sus autores son siempre calificados”* [...] y *“se hallan respecto del bien jurídico en lo que la doctrina se llama posición de garante”* (Zaffaroni 2003, 442). Esta posición de garante es la que justifica el deber de actuar, frente a la amenaza de lesión del bien jurídico protegido. La posición de garante suele fundarse como emergente de la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente del sujeto.

- La posición de garante de los administradores de las personas jurídicas

Establecidas las principales características de la imputación de responsabilidad penal frente a casos de omisión, preliminarmente resultaría posible imputarles responsabilidad penal a los administradores por la no evitación de delitos en su ámbito de competencia, si se concluyera que estos se encuentran en posición de garante. Es preciso señalar que *“No hay [...] atribuciones objetivas por la mera detentación de cargo o función”* (Yacobucci, 10) y en consecuencia, para que pueda imputarse determinado delito a determinada persona, como consecuencia del principio de culpabilidad se exige que *“una intervención que sea posible -evitabilidad- e imputable en lo personal –aspecto subjetivo del delito [...] El sujeto debe estar en conexión al menos imprudente con el hecho”* (Yacobucci, 10).

Señala Silva Sánchez (2013) que “[e]n España tanto la doctrina como jurisprudencia suelen partir de que los superiores jerárquicos tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados [...] Así, se considera que los superiores jerárquicos de la estructura empresarial (por ejemplo, el administrador o los integrantes del consejo de administración de una sociedad mercantil) se encuentran en una posición de garantía que integra un deber de vigilancia”. Respecto del fundamento del deber de vigilancia, “una importante posición doctrinal justifica el deber de vigilancia del superior jerárquico con base en el dominio jerárquico (potestad jurídica y fáctica de dar órdenes), y en la superioridad informativa de éste. Otra, por su parte, centra la posición de garantía en el control sobre la organización en su conjunto” (Silva Sánchez 2013, 161-162). Tal es la importancia de los deberes antes señalados que se sostenido que: “[l]a relación entre vigilancia y compliance se manifiesta desde el origen de la propia cultura del cumplimiento normativo. Dicha cultura no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia en sentido amplio), propias del Estado [...]. Compliance significa así, en buena medida, “autovigilancia” (Silva Sánchez 2013, 192). Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que: “La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima [...].

El problema que debe resolverse es doble: deberá fundamentarse la posición de garante de esos superiores jerárquicos, y su posible omisión de las actuaciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad ... que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio (es decir, la responsabilidad por omisión); y, en segundo lugar,

resolverse el problema de imputación que plantea la actuación por medio de terceros (los operarios) que incluso podrían actuar ... con al menos dolo eventual, es decir, en otras palabras, debe resolverse en estos supuestos si el principio de autorresponsabilidad puede actuar o no como un posible límite a la imputación a los superiores. [...] Resulta innegable que los responsables... [de la actividad] asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección [...]”²⁶.

En nuestro país, no existe en las normas legales penales argentinas la consagración explícita de esta posición de garante ni del deber de vigilancia por parte de los administradores, tal como sucede en el ordenamiento español²⁷. Entiendo que, sería recomendable -cuando no necesario- legislar con mayor claridad sobre dicha posición de garantía y los deberes que esta implica, entre ellos el deber de vigilancia. Sin perjuicio de ello, existe un amplio consenso doctrinario respecto de la existencia de dichos deberes e importantes precedentes judiciales que han aceptado la posibilidad de responsabilizar penalmente a los administradores de personas jurídicas por delitos cometidos bajo la modalidad de comisión por omisión, fundando su deber de actuar en su posición de garante²⁸, replicando en gran medida los fundamentos antes señalados en doctrina y jurisprudencia española.

²⁶ Sentencia N° 847/2004 del 10 de septiembre de la Audiencia Provincial de Madrid.

²⁷ Así, de la redacción del propio art. 31 bis del Código Penal español, puede extraerse explícitamente los deberes de “supervisión, vigilancia y control en cabeza de los “representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

²⁸ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III. “Chabán, Omar Emir y otros”. 20/04/2011: “Esta Sala ya ha reconocido expresamente la posibilidad de aplicar los delitos de “comisión por omisión” y de cuáles son sus elementos, esto es, “la capacidad de evitación de la lesión del bien jurídico implicado... [la que]... junto con la posición de garante y la producción del resultado [resultan necesarias y determinantes] para asignar al imputado responsabilidad penal en esta clase de delitos” (Conf. “D’Aquila, Natalio s/rec. de casación” causa 4517, rta. 9/12/03) [...] En el precedente “Raffaelli, José Julio Ángel y otro s/recurso de casación” (causa nro. 6514, rta. 13/09/06) hemos admitido de igual forma la comisión por omisión como forma de atribución de la responsabilidad penal” [...].

- La delegación de funciones y deberes residuales

Sin perjuicio de esa posición de garantía antes señalada, se ha reconocido que, en el marco de estructuras empresariales, los administradores puedan delegar su posición en inferiores jerárquicos, y de esta forma limitar hasta incluso liberarse de responsabilidad penal. Así, la jurisprudencia ha reconocido que *“para decidir a quién corresponde la responsabilidad por el cumplimiento de un determinado deber de cuidado, es necesario atender al principio de la división del trabajo (Jescheck/Weigend) pues no todo es asunto de todos (Jakobs)²⁹”*. Aun cuando se admita la posibilidad de delegación de competencias, funciones y responsabilidades, lo cierto es que la doctrina ha exigido ciertos requisitos para que esa delegación pueda tenerse por válidamente operada (selección de persona idónea para el cargo, dotación de medios materiales e inmateriales, entre otros), y aun así, se ha reconocido que pese a tal delegación, el delegante retiene una serie de responsabilidades respecto del delegado, entre ellas, el ejercicio de *“ciertos deberes de vigilancia en aquellos casos donde, merced a una organización con tendencia centralizada o exigencias de coordinación entre departamentos, el delegante deba evaluar al menos de manera difusa el modo de ejecución de competencia transferida”* (Yacobucci, 31).

- El programa de compliance como elemento y prueba de la delegación de los deberes de vigilancia

Establecidas las premisas por las cuales se puede atribuir responsabilidad penal a los administradores, pareciera que el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas poco influiría sobre su responsabilidad individual, ya que ésta ha sido construida con anterioridad y con independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de *compliance*. No obstante, el programa de

²⁹Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II: “Storchi, Fernando Martín y otros”, 15/07/2010.

compliance se convertirá cada vez más en una prueba decisiva a fin de reflejar la estructura interna de la persona jurídica, probar cuáles son los deberes de los distintos sujetos en el marco de dicha estructura, y en su caso, la existencia de delegación de funciones por parte de los administradores, siempre que se pueda demostrar además que dicho programa de *compliance* haya sido efectivamente implementado conforme sus premisas.

Para que el programa de *compliance* tenga virtualidad suficiente a fines de estructurar una adecuada defensa o exoneración de responsabilidad respecto de los administradores deberá cumplir con los requisitos legales analizados anteriormente y, a los fines de justificar la mitigación o exoneración de responsabilidad penal de los administradores, el programa de *compliance* deberá ir acompañado de la designación de un oficial de cumplimiento o persona a cargo de su supervisión, pese que conforme lo analizado al tratar los elementos del programa de integridad, tiene carácter optativo ya que difícilmente pueda defenderse la efectividad de tal programa o la existencia de una delegación de la posición de garantía en caso contrario.

Así, la designación de un *compliance officer* parecería necesaria a dos fines: (i) para lograr la mitigación de la sanción aplicable a la persona jurídica, o su exención de responsabilidad, ya que será prueba de que su violación exigió a los intervinientes del delito de un “esfuerzo” conforme lo exigido por la ley (lo cual dependerá además de la propia conducta y calificaciones del *compliance officer*); y además, en lo que aquí interesa, (ii) la mayor importancia de la aplicación del programa de *compliance* frente a la responsabilidad penal de los administradores es que constituirá una prueba fundamental de la delegación efectiva de sus deberes de vigilancia en una persona idónea y capaz de su implementación y cumplimiento, y como tal del cumplimiento de los deberes establecidos por ley.

Asimismo, para que el programa de *compliance* tenga virtualidad para mitigar o excluir la responsabilidad de los administradores, deberá prevenir no solo los delitos por los cuales se responsabiliza a las personas jurídicas, sino también aquellos por los cuales pueda atribuírseles responsabilidad a los administradores en razón de su posición de garantía, y en razón del propio giro social.

Ahora bien, debe tenerse presente que la sola omisión de adoptar un programa de *compliance* no constituye *per se* un delito, sino que “*naturalmente la posibilidad de la imposición de tal sanción dependerá de la existencia de dolo o imprudencia y de las características del tipo realizado (es decir, de si este admite o no la comisión por imprudencia)*”.

Sin ir más lejos, Silva Sánchez (2013) afirma que “*el órgano de administración que omite la implantación de un compliance program allí donde este sería necesario podrá sufrir una sanción penal en el caso en que se cometa un delito por un subordinado. [...]La existencia de un programa de cumplimiento eficaz tiene efectos tanto en la responsabilidad de las personas individuales como en las personas jurídicas*”.

En virtud de lo señalado, puede concluirse que los administradores deben velar por la implementación y adecuada observancia de un programa de *compliance* no solo a los fines de mitigar o eximir de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, sino para preservar la suya propia.

IX. Conclusiones

Respecto de la potencial responsabilidad penal de los administradores ante la omisión de implementar adecuadamente un programa de integridad, se concluye que:

- Los administradores de una persona jurídica se encuentran en posición de garante respecto de los bienes jurídicos bajo sus respectivas esferas de competencia corporativa. De dicha posición se deriva el deber de ejercer una vigilancia activa sobre las personas jerárquicamente inferiores a fin de evitar cualquier lesión a los bienes jurídicos por parte de estas personas.
- Debido a la mencionada posición de garante, los administradores de personas jurídicas pueden ser responsabilizados penalmente a título personal ya sea como partícipes, autores o coautores según el caso bajo la modalidad de comisión por omisión, en aquellas situaciones en que no hayan evitado el acto delictivo siempre que razonablemente hubieran podido hacerlo y dependiendo de las características del tipo penal aplicable.
- Los administradores pueden delegar en un inferior jerárquico las obligaciones inherentes a su posición de garante cumpliendo ciertos recaudos, pero siempre reteniendo deberes residuales como la vigilancia sobre estas personas.
- Dicho deber de vigilancia puede ser encomendado a otra persona, por ejemplo, al *compliance officer*, manteniendo los administradores el deber de vigilar su correcta actuación.
- Sentadas las bases anteriores, la adopción y adecuada implementación de un programa de *compliance* podría constituir una prueba decisiva a favor de los administradores para mitigar o excluir su responsabilidad penal, por ej. para sostener la existencia de una delegación de sus deberes de vigilancia sobre el *compliance officer*;

En relación con la responsabilidad civil de los administradores ante la omisión de implementar un programa de integridad, puede concluirse que:

- Por la propia naturaleza de las personas jurídicas, las sanciones penales que les sean aplicadas por la comisión de un delito se traducirán ineludiblemente en un daño al patrimonio social.
- Resulta un deber de los administradores actuar de forma diligente conforme los parámetros legales. Ello se traduce en el deber de adoptar todas aquellas medidas que resulten razonables a fin de prevenir cualquier daño al patrimonio social.
- La adopción del programa de *compliance* tanto en lo relativo a su contenido como a su implementación resulta determinante -en el sistema de la ley 27.401- a los fines de graduar la pena a la persona jurídica, en caso de ser aplicable, o de eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal y administrativa.
- La falta de implementación de un programa de *compliance*, en tanto omisión imputable a los administradores, y su relación de causalidad con el daño patrimonial sufrido por el ente, puede fundar la responsabilidad civil de los administradores, en aquellos casos en que en razón de la propia actividad del ente existan riesgos de la comisión de delitos por las cuales se haga responsable a las personas jurídicas que administran.

Teniendo en cuenta los aspectos señalados anteriormente, es dable concluir que la implementación de un programa de *compliance* reviste interés no sólo a los fines de mitigar o eximir la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, sino para a los fines de preservar tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida a los administradores de tales entes.

X. Bibliografía

- a) Bacigalupo, Enrique. 2012. *Compliance y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- b) Carrió, Alejandro y Maximiliano Reussi. 2018. “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas”. En *Suplemento Especial Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, 39 – 52. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- c) Del Sel, Juan María. 2010. “Societas delinquere, ¿potest o non potest? La responsabilidad criminal de la empresa a la luz de la visión anglosajona”. En *Derecho penal empresario*, dirigido por G. Yacobucci, M. Laporta y N. Ramírez. Montevideo: Buenos Aires: B de F: Julio César Faira; Euros.
- d) Del Sel, Juan María. 2012. “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley”. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. 2, 202 – 203. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- e) Durrieu, Nicolás. 2018. “La autodenuncia y otras exenciones de pena”. En *Suplemento Especial Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, 141 – 154. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- f) Estebecorena, Enrique Prini. 2018. “La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Programa de integridad y Código de Cumplimiento Ético”. En *Suplemento Especial Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, 39 – 52. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

- g) Estrella, Oscar Alberto y Roberto Godoy Lemos. 2007. *Código Penal. Parte Especial. De los Delitos en Particular*. Buenos Aires: Hammurabi.
- h) Fiscalía General del Estado (de España). 2016. *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.
- i) Gómez, Claudio D. 2017. “Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales”. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- j) González Guerra, Carlos M. y María José Tamagno. 2018. “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”. En *Suplemento Especial Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, 1 – 8. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- k) Lavia Haidempergher, Laura y Mercedes de Artaza. 2018. “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma”. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- l) Lorenzetti, Ricardo Luis. 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- m) Marcellino, Leonardo. 2016. *Responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- n) Nissen, Ricardo A. 2008. *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- o) Pizarro, Ramón Daniel. 2017. “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- p) Pizarro, Ramón Daniel y Carlos Gustavo Vallespinos. 2017. *Tratado de obligaciones*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

- q) Richard, Efraín Hugo y Orlando Manuel Muiño. 2007. *Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Buenos Aires: Astrea.
- r) Rodríguez Estévez, Juan María. 2018. “El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa”. En Suplemento Especial *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, dirigido por Nicolás Durrieu y Raúl R. Saccani, 85 – 98. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- s) Silva Sánchez, Jesús María. 2013. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires – Montevideo: IBdeF.
- t) U.S. Department of Justice and U.S. Securities and Exchange Commission. 2012. *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*.
- u) Yacobucci, Guillermo J., Laporta M. y Ramírez N. 2010. *Derecho penal empresario*. Montevideo: Buenos Aires: B de F: Julio César Faira; Euros.
- v) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2007. *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.